

**Titel:**

**Erfolgreicher Eilantrag wegen Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug aus Härtegründen**

**Normenkette:**

VwGO § 80 Abs. 5, § 123

AufenthG § 6, § 14 Abs. 1 Nr. 2, § 60 a Abs. 2, § 81

**Leitsätze:**

1. Die im konkreten Fall vorliegende Pflegebedürftigkeit muss eine spezifische Angewiesenheit auf familiäre Hilfe erfordern und kann nur dann in Betracht kommen, wenn der alters- oder krankheitsbedingte Autonomieverlust einer Person so weit fortgeschritten ist, dass der Wunsch, sich in die familiäre Geborgenheit der ihr vertrauten persönlichen Umgebung engster Familienangehöriger zurückzuziehen, auch nach objektiven Maßstäben verständlich und nachvollziehbar erscheint (BVerwGE 146, 198 = BeckRS 2013, 51920). (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Abschiebungshindernis liegt vor, wenn durch die Beendigung des Aufenthalts eine konkrete Leibes- oder Lebensgefahr zu befürchten ist, sodass die Abschiebungsmaßnahme wegen des nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgten grundrechtlichen Schutzes auszusetzen ist. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Kosovarische Staatsangehörige, Familiennachzug, Reiseunfähigkeit, Eilantrag, Ausländerrecht, Aufenthaltserlaubnisfiktion, Verfahrensduldung, Härtefall, Pflegebedürftigkeit, Krankheit, Abschiebung, Abschiebungshindernis

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 3.750 EUR festgesetzt.

IV. Die Verfahren M 25 K 21.3306 und M 25 SE 21.3669 werden zur gemeinsamen Entscheidung über die Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe verbunden.

Die Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung werden abgelehnt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin begehrt mit dem Antrag die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die Ablehnung des beantragten Aufenthaltstitels nach § 36 Abs. 2 AufenthG hilfsweise die Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG.

2

Die Antragstellerin ist kosovarische Staatsangehörige und reiste letztmals am 24. Dezember 2020 auf dem Landweg über Ungarn in den Schengen-Raum ein. Die Antragstellerin ist im Besitz eines von der Deutschen Botschaft ausgestellten Schengen-Visums, das bis zum 24. Dezember 2022 gültig ist.

3

Mit Schreiben vom 16. März 2021 beantragte der Bevollmächtigte der Antragstellerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG.

4

Die Antragstellerin lebe im Haushalt ihres Sohnes und ihrer Schwiegertochter, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis sei. Aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen, sei sie nicht mehr in der

Lage ihren Haushalt selbständig zu führen. Sie sei pflegebedürftig. Der Ehemann der Antragstellerin sei am 13. Dezember 2020 an einem Herzinfarkt verstorben. Bis auf eine Tochter leben alle Kinder in Deutschland. Bei der im Kosovo verbliebenden Tochter könne sie nicht bleiben, da diese bereits eine pflegebedürftige Verwandte betreue. Die in Deutschland lebenden Kinder seien bereit, eine Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen.

**5**

Zudem legte der Bevollmächtigte der Antragstellerin ein Attest von Herrn Dr. D\*\* vom 22. März 2021 vor.

**6**

Mit Bescheid vom 20. Mai 2021 lehnte die Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab (Ziffer 1), forderte die Antragstellerin zur Ausreise innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntgabe des Bescheides auf (Ziffer 2) und drohte die Abschiebung in den Kosovo an (Ziffer 3).

**7**

Mit Schreiben vom 21. Juni 2021 erhob der Bevollmächtigte der Antragstellerin Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München (M 25 K 21.3306). Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2021 beantragte dieser zudem,

**8**

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 20. Mai 2021 anzuordnen, hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, aufenthaltsbeendende Maßnahmen vorläufig, bis zur einer Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, und der Antragstellerin eine Duldung gem. § 60 Abs. 2 AufenthG zu erteilen.

**9**

Weiter beantragte er,

**10**

der Antragstellerin Prozesskostenhilfe zu bewilligen und ihn als Bevollmächtigten beizuordnen.

**11**

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, dass die Antragstellerin auf Grund ihrer Pflegebedürftigkeit einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG habe. Sie sei auf Pflege angewiesen. Die Pflege könne nur in Deutschland durch die hier lebenden Kinder der Antragstellerin erfolgen, weil die im Kosovo lebende Tochter bereits ihre Schwiegermutter pflege. Der Lebensunterhalt könne durch eine Verpflichtungserklärung der Verwandten gesichert werden.

**12**

Zudem bestehe ein Abschiebungsverbot nach § 60a Abs. 2 AufenthG, da die Antragstellerin ausweislich des Attests von Herrn Dr. M\* ... vom 5. Juli 2021 reiseunfähig sei. Die Antragstellerin leide an Demenz bei Alzheimer Krankheit - atypische oder gemischte Form (F00.2) und einer Trauerreaktion (F43.2G) in Folge des Todes ihres Ehemanns. Das Attest erfülle auch die Anforderungen des § 60a Abs. 2c Satz 3 AufenthG, da zur Erstellung der Diagnose entsprechende Testungen vorgenommen worden seien.

**13**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte in diesem und im Verfahren M 25 K 21.3306 sowie die beigezogene Behördenakte Bezug genommen.

II.

**14**

I. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ablehnung der Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis nach § 80 Abs. 5 VwGO ist unzulässig.

**15**

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist hinsichtlich einer Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis, trotz der Regelung des § 113 Abs. 5 VwGO, statthaft, falls die Versagung der Aufenthaltserlaubnis zum Erlöschen der Fiktionswirkung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG führt und ein Antragsteller auf Grund der Versagung der Aufenthaltserlaubnis vollziehbar ausreisepflichtig wird. Löste der Behördenantrag eine solche Fiktionswirkung nicht aus, ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 bis Abs. 3 VwGO eine Aussetzung der Abschiebung allein aus

verfahrensrechtlichen Gründen zu erstreben (vgl. VGH BW, B.v. 20.9.2018 - 11 S 1973/ 18 - beckonline, Rn. 13).

## 16

Dem Antrag der Antragstellerin vom 16. März 2021 auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kam eine Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG nicht zu. Sie hatte zu keinem Zeitpunkt einen Aufenthaltstitel und ihr Aufenthalt war zum Zeitpunkt der Antragstellung auch nicht rechtmäßig i.S.d. § 81 Abs. 3 AufenthG. Der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels von einem Ausländer, der über ein zeitlich befristetes Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 AufenthG (bis zu 90 Tage innerhalb von 180 Tagen) verfügt und der bereits bei der Einreise einen Daueraufenthalt anstrebt, begründet keine Fiktionswirkung, weil der Aufenthalt mangels Einreise mit dem erforderlichen Visum nicht rechtmäßig ist. Ein Schengen-Visum berechtigt nur zur Einreise und Aufenthalt von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen (Art. 19, 20 SDÜ; § 6 Abs. 1 und 2 AufenthG). Nur wenn der Ausländer subjektiv diese zeitliche Grenze nicht überschreiten will, ist der nachfolgende Aufenthalt rechtmäßig (vgl. Bergmann/Dienelt/Samel, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 81 Rn. 36; BayVGH, B.v. 1.10.2020 - 10 CS 20.1954 Rn. 8; VGH BW, B.v. 20.9.2018 - 11 S 1973/ 18 - beckonline).

## 17

Basierend auf den äußeren Umständen spricht vorliegend eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Antragstellerin bereits bei ihrer Einreise beabsichtigte, in Deutschland einen längerfristigen Aufenthalt anzustreben. Nach Angabe des Bevollmächtigten der Antragstellerin ist der Ehemann, der die Antragstellerin gepflegt hat, am 13. Dezember 2020 im Kosovo verstorben. Aus diesem Grund entschied sich die Antragstellerin zu ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter nach Deutschland zu kommen. Zudem könne die im Kosovo lebende Tochter der Antragstellerin diese nicht pflegen, weil sie sich bereits um die pflegebedürftige Schwiegermutter kümmern würde. Dies zu Grunde gelegt war der Aufenthalt der Antragstellerin im Zeitpunkt der Antragstellung nicht rechtmäßig i.S.d. § 81 Abs. 3 AufenthG.

## 18

II. Auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Verpflichtung des Antragsgegners nach § 123 VwGO einstweilen die Abschiebung bis zur Entscheidung des Gerichts über den Klageantrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszusetzen, führt nicht zu Erfolg.

## 19

Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, der durch eine Verfahrensduldung im Wege der einstweiligen Anordnung zu sichern wäre. Ein durch eine einstweilige Aussetzung der Abschiebung zu sichernder Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG wurde von der Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO. Ebenso wenig hat die Antragstellerin einen Anspruch auf eine Duldung nach § 60a AufenthG glaubhaft gemacht.

## 20

1. Die Antragstellerin hat voraussichtlich keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG.

## 21

Nach § 36 Abs. 2 AufenthG kann sonstigen Familienmitgliedern zum Familiennachzug eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Eine außergewöhnliche Härte ist anzunehmen, wenn im konkreten Einzelfall gewichtige Umstände vorliegen, die unter Berücksichtigung des Schutzgebots des Art. 6 GG und im Vergleich zu den sonst geregelten Fällen des Familiennachzugs ausnahmsweise die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug gebieten. Die mit der Versagung der Aufenthaltserlaubnis eintretenden Schwierigkeiten für den Erhalt der Familiengemeinschaft müssen nach ihrer Art und Schwere so ungewöhnlich und groß sein, dass im Hinblick auf den Zweck der Nachzugsvorschriften, die Herstellung und Wahrung der Familieneinheit zu schützen, die Ablehnung der Erlaubnis schlechthin unvermeidbar ist. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der im Bundesgebiet oder der im Ausland lebende, die Aufenthaltserlaubnis beantragende Familienangehörige allein ein eigenständiges Leben nicht führen und die familiäre Lebensgemeinschaft nur im Bundesgebiet geführt werden kann (BVerwG EZAR NF 34 Nr. 47; VG Düsseldorf BeckRS 2011, 46861 unter Berufung auf: BVerwG Buchholz 402.240 § 22 AusIG 1990 Nr. 4; HessVGH FamRZ 1999, 994 L; VG Hamburg InfAusIR 2006, 459; Hailbronner AusIR Rn. 12).

## 22

Zum Familiennachzug wegen Pflegebedürftigkeit gilt folgendes: Die im konkreten Fall vorliegende Pflegebedürftigkeit muss eine spezifische Angewiesenheit auf familiäre Hilfe erfordern. Das ist nicht bei jedem Betreuungsbedarf der Fall, sondern kann nur dann in Betracht kommen, wenn die geleistete Nachbarschaftshilfe oder im Herkunftsland angebotener professioneller pflegerischer Beistand den Bedürfnissen des Nachzugswilligen qualitativ nicht gerecht werden können. Wenn der alters- oder krankheitsbedingte Autonomieverlust einer Person so weit fortgeschritten ist, dass ihr Wunsch auch nach objektiven Maßstäben verständlich und nachvollziehbar erscheint, sich in die familiäre Geborgenheit der ihr vertrauten persönlichen Umgebung engster Familienangehöriger zurückziehen zu wollen, spricht dies dagegen, sie auf die Hilfeleistungen Dritter verweisen zu können (BVerwGE 146, 198 = NVwZ 2013, 1339).

## 23

Vorliegend kann die Antragstellerin bereits auf die Unterstützung ihrer im Kosovo lebenden Tochter zurückgreifen. Der Umstand, dass diese bereits ihre Schwiegermutter pflegt, führt nicht dazu, dass sie die Antragstellerin nicht unterstützen bzw. pflegen kann. Zudem existiert nach dem Attest von Herrn Dr. M\* ... vom 5. Juli 2021 noch eine weitere Tochter, deren Aufenthaltsort bislang unbekannt ist.

## 24

Unabhängig davon liegt bei der Antragstellerin derzeit kein so hoher alters- bzw. krankheitsbedingter Autonomieverlust vor, der es nicht zumutbar erscheinen lassen würde, auch auf fremde Hilfe zurückzugreifen. Ein solch gravierender Hilfebedarf ergibt sich weder aus dem Attest von Herrn Dr. M\* ... vom 5. Juli 2021 noch aus dem des Radiologischen Zentrums vom 30. Juni 2021. Ausweislich des Attests von Herrn Dr. M\* ... vom 5. Juli 2021 leidet die Antragstellerin an einer Demenz bei Alzheimer-Krankheit - atypische oder gemischte Form - und einer Trauerreaktion wegen des Verlusts ihres Ehemanns. Die Testung MMST ergab lediglich eine leichte bis mittelgradige Demenz. Es bestehe eine diskrete Wortfindungsstörung. Im MRT sei eine beginnende Atrophie festgestellt worden. Nach alledem liegt kein außergewöhnlich hoher Autonomieverlust bei der Antragstellerin vor.

## 25

Im Kosovo sind zudem alle psychischen Erkrankungen behandelbar. Patienten, die einer stationären Behandlung bedürften, können in den vier Regionalkrankenhäusern in den Abteilungen für stationäre Psychiatrie sowie in der Psychiatrischen Klinik der Universität in Pristina behandelt werden (vgl. Auswärtiges Amt, Lagebericht vom 29. April 2020, Stand April 2020, S. 23).

## 26

Desweiteren liegen die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und Abs. 2 AufenthG nicht vor. Auf Grund der unerlaubten Einreise gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein schweres Ausweisungsinteresse gem. § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2a AufenthG, § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Es fehlt zudem ein Nachweis über die Sicherung des Lebensunterhalts sowie die Einreise mit dem erforderlichen Visums (s.o.).

## 27

2. Die Antragstellerin hat auch keinen Anspruch auf eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG glaubhaft gemacht, da ihre Abschiebung nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist.

## 28

Ein Abschiebungshindernis liegt vor, wenn durch die Beendigung des Aufenthalts eine konkrete Leibes- oder Lebensgefahr zu befürchten ist, so dass die Abschiebungsmaßnahme wegen des nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgten grundrechtlichen Schutzes auszusetzen ist. Danach scheidet eine Abschiebung aus, wenn und solange der Ausländer wegen einer Erkrankung transportunfähig ist, d. h. sich sein Gesundheitszustand durch und während des eigentlichen Reisevorgangs wesentlich verschlechtert oder eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr transportbedingt erstmals entsteht. Eine Abschiebung hat auch dann zu unterbleiben, wenn sie - außerhalb des eigentlichen Transportvorgangs - eine erhebliche konkrete Gesundheitsgefahr für den Ausländer bedeutet. Dies ist der Fall, wenn das ernsthafte Risiko besteht, dass unmittelbar durch die Abschiebung als solche (unabhängig vom Zielstaat) sich der Gesundheitszustand des Ausländers wesentlich oder gar lebensbedrohlich verschlechtert (BayVGH B.v. 18.12.2017 - 19 CE 17.1541 - beckonline, BeckRS 2017; BayVGH B.v. 11.4.2017 - 10 CE 17.349 - juris Rn. 17).

## 29

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Auch das vorgelegte Attest von Herrn Dr. M\* ... vom 5. Juli 2021 legt nicht dar, dass sich die diagnostizierte leichte bis mittelgradige Demenz sowie die Trauerreaktion durch die Abschiebung als solche erheblich oder lebensbedrohlich verschlechtern würden. Eine Reiseunfähigkeit auf Grund der diagnostizierten Erkrankungen ergibt sich aus dem Attest nicht, welches ohne nähere Begründung eine solche nicht nachvollziehbar feststellt. Desweiteren kann ggf. die Abschiebung durch medizinisches Personal begleitet werden.

**30**

Eine evtl. Suizidalität ist in dem vorgelegten Gutachten, das von einer Selbstgefährdung wegen einer möglichen Vergesslichkeit spricht, nicht ansatzweise dargelegt. Das im Attest angesprochene Betreuungserfordernis begründet keine rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung (s.o.).

**31**

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

**32**

IV. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5 und 8.1 des Streitwertkatalogs.

**33**

V. Die Verfahren M 25 SE 21.3669 und M 25 K 21.3306 werden hinsichtlich des Prozesskostenhilfeantrags zur gemeinsamen Entscheidung verbunden, § 93 VwGO.

**34**

Da das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO bzw. § 123 VwGO keine Aussicht auf Erfolg hat (s.o.) ist der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe in diesem Verfahren abzulehnen, § 166, §§ 114 ff ZPO.

**35**

Auch die Klage bleibt bei summarischer Prüfung erfolglos, da aller Voraussicht nach kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 besteht. Insofern kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

**36**

Die Entscheidung über die Prozesskostenhilfeanträge ergeht kostenfrei. Auslagen werden nicht erstattet.